Das Verbot des Kontrahierens mit sich selbst bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Steckel
aus Willgaiten, Kreis Fischhausen

Approbiert am 22. Febr. 1936

1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Referent: Univ. Prof. Dr. Locher.

Inhalts-Verzeichnis

Vorwort.

Seit der Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland durch das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 erfreut sich diese unter den verschiedenen Formen der Handelsgesellschaften einer steigenden Beliebtheit. Viel hierzu beigetragen hat der Umstand, daß man bei der Gesellschaft m.b.H. auf manche Formvorschriften, die sich bei den anderen Handelsgesellschaften als zwingende Rechtsnormen finden, verzichtet hat. Diese Freiheit ist nicht immer von Nutzen gewesen, sondern hat vielfach Unredlichkeiten Tür und Tor geöffnet, die bisweilen nicht sauberen wirtschaftlichen Zwecken dienen. Deshalb ist gerade bei Berufung auf wirtschaftliche Bedürfnisse Vorsicht geboten. Es ist daher Aufgabe des Richters, „vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen" [1]), aber ohne den immerhin sicheren Boden des geltenden Rechts zu verlassen. Der Wirtschaft dürfte sicher besser gedient sein mit unbedingter Retchssicherheit, selbst wenn sie auch bisweilen formalistisch erscheinen mag, als mit einer ständig schwankenden, den „sogenannten" wirtschaftlichen Bedürfnissen des einzelnen Falles angepaßten Rechtsprechung. Gerade weil das GmbH.-Gesetz auf eine Reihe von Formvorschriften, die z. B. bei der Aktiengesellschaft zwingend sind, verzichtet, müssen die wenigen verbleibenden unbedingt eingehalten werden. Nur so wird es möglich sein, diesen Gesellschaften Vertrauen entgegen zu bringen, das besonders in der Zeit des Wirtschaftszusammenbruches in den Jahren 1929/32 sehr erschüttert war.

Gerade bei dem Geschäftsabschluß mit sich selbst ergeben sich Rechtslagen, deren Lösung zu Ergebnissen führen muß, wo das formale Recht den Anforderungen der Praxis erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellt. Diese im Zusammenhang darzustellen und deren Lösungen unter Berücksichtigung rechtlicher und wirtschaftlicher Gesichtspunkte zu erörtern, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

---

1) RGZ. Bd. 68 S. 172.

I. Abschnitt.

I. A. Das Verbot des Kontrahierens mit sich selbst.

a) Die Stellvertretung.

Der Vertreter eines anderen kann im Namen des Vertretenen und mit Wirkung für diesen — als direkter Vertreter — oder im eigenen Namen, aber im Interesse des Vertretenen — als indirekter Vertreter — auftreten. Bei indirekter Vertretung treten die Rechtswirkungen erst nach Vornahme eines weiteren Rechtsgeschäftes in der Person des Vertretenen ein.

Für das sogenannte Selbstkontrahieren kommt nur die direkte Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) in Frage. Der Vertreter ist der Handelnde. Seine Person ist für die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung oder bei Willensmängeln oder gar bei einem Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände maßgebend (§ 166 Abs. 1 BGB). Er faßt und erklärt einen eigenen Willen und in seiner Person kommt das Rechtsgeschäft zustande. Die Wirkungen des Rechtsgeschäftes sind jedoch auf den Vertretenen zu beziehen. Diese Auffassung, die in dem Schrifttum und auch vom Reichsgericht vertreten wird, wird als Repräsentationstheorie bezeichnet [2]). Der Selbstkontrahent kann Repräsentant zweier Rechtssubjekte oder von Vermögensmassen sein.

Die Vertretungsmacht ist nicht unbedingt erforderlich; sie ist nicht Tatbestandsmerkmal des § 181 BGB, sondern lediglich für die Wirksamkeit des stellvertretenden Handelns von Bedeutung. Aus diesem Grunde ist ein Selbstabschluß eines Vertreters ohne Vertretungsmacht wohl denkbar, bedarf aber zur Wirksamkeit noch der Genehmigung des Vertretenen. § 181 BGB hat nicht die Aufgabe, bei einem Interessenkonflikt die Vertretungsmacht des Vertreters einzuschränken, sondern soll nur bewirken, daß der Vertreter Rechtsgeschäfte, die eine Interessenkollision herbeiführen können, unterläßt [3]).

b) Das Auftreten widerstreitender Interessen und ihre Regelung durch den Gesetzgeber.

Das Kontrahieren mit sich selbst birgt die Gefahr in sich, daß eine Schädigung der Interessen des Vertretenen eintreten kann. Deshalb geht

2) Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1, 1908, S. 109; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl., S. 397; Hupka, Die Vollmacht, S. 39; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 337; Komm. der Reichsgerichtsräte; § 166, S. 226.

3) Warneyer, Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 329. a. A. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 13. Bearbeitung, Bd. I, S. 554 f., der in der Vorschrift des § 181 BGB eine Einschränkung der Vertretungsmacht sieht. Ebenso: Planck-Strohal, Kommentar zum BGB, S. 483.

der allgemeine Rechtsgedanke des Gesetzgebers in § 181 BGB darauf hinaus, daß niemand gleichzeitig Interessen wahrnehmen kann, die einander widerstreiten. Es sollen die Interessen des Vertretenen im Rechtsverkehr geschützt werden, was schließlich dahin führt, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich nach den Interessen des Vertretenen zu gestalten ist. Eigene Interessen oder diejenigen Dritter sollen die Entschließungen des Handelnden nicht beeinflussen [4]).

Bei Ausarbeitung des § 181 BGB prüfte die II. Kommission eingehend, inwieweit die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens mit der Verkehrssicherheit verträglich und mit dem Verkehrsbedürfnis zu vereinbaren sei [5]). Die logische und juristische Möglichkeit des Selbstkontrahierens war jetzt nur noch von untergeordneter Bedeutung. Maßgebend waren die rechtspolitischen Bedenken, die sich aus der Interessenkollision beim Selbstabschluß und den damit verbundenen Gefahren ergaben. Deshalb wollte der Gesetzgeber keine „gesetzliche Vermutung" für die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens aufstellen, sondern verbot unter ganz besonderer Berücksichtigung der Verkehrssicherheit und der Verkehrsbedürfnisse den Selbstabschluß schlechthin und ließ nur die beiden im Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmen von dem Verbot zu [6]). Die Kommission faßte damals ihren Entschluß in der Formulierung zusammen: „In dieser Hinsicht (Verkehrssicherheit und Verkehrsbedürfnis) sei für die Regel davon auszugehen, daß das sogenannte Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teiles mit sich bringe, und daß es deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) dem Vertreter ein anderes gestattet sei, verboten werden müsse" [7]). Es ist daraus zu schließen, daß es nicht in das Ermessen und die dem Vertreter obliegende Verantwortung (wie z. B. Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes, § 43 GmbH.-Gesetz) gestellt werden darf, über die Gestattung des Selbstkontrahierens zu entscheiden. Durch das Auftreten des Selbstabschlusses wird eine Unbestimmtheit hervorgerufen, die die Verkehrssicherheit gefährdet. Durch das in § 181 BGB erlassene allgemeine Verbot wollte der Gesetzgeber nach Möglichkeit Interessenkollisionen verhindern und der Rechtssicherheit dienen.

Das Reichsgericht [8]) schloß sich der Auffassung der zweiten Kommission an. In einer späteren Entscheidung [9]) ging es aber nicht mehr von der Interessenkollision aus, sondern stellte sich auf den Standpunkt, daß § 181 BGB nur auf die Art des Zustandekommens der Rechtsgeschäfte, nicht aber auf die zugrundeliegenden Interessen zu beziehen sei, was eine wesentliche Abweichung von dem in den Protokollen nieder-

---

4) Biermann, a.a.O., Bd. 1 § 77/III.
5) Vgl. die Regelung im ersten Entwurf in Motive Bd. 1 S. 284.
6) RGZ Bd. 68 S. 172 ff. (S. 176).
7) Protokolle, Bd. 1 S. 175. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches S. 49; RGZ a.a.O.
8) RGZ Bd. 68 S. 172.
9) RGZ Bd. 103 S. 418, Warneyer, a.a.O., Bd. 1 S. 351, Warneyer, Rechtsprechung, 1915 Nr. 719; RGZ Bd. 76 S. 92, Bd. 102, S. 411.

gelegten Gesichtspunkte bedeutet. Daß widersprechende Interessen zu einem Vertrage führen können, unterwirft sie nicht der Vorschrift des § 181 BGB, sondern die Tatsache, daß sie einen und denselben Vertreter gefunden haben.

B. Die Rechtsfolgen des Zuwiderhandelns.

In § 181 BGB ist das Selbstkontrahieren für unzulässig erklärt. Darüber, welche rechtliche Wirkung ein verbotswidrig vorgenommenes Rechtsgeschäft haben soll, gehen die Ansichten auseinander.

Die früher herrschende Meinung ging von dem Sprachgebrauch des BGB, insbesondere von dem terminus technicus „kann nicht" aus, und sagte, daß § 181 BGB ein Verbotsgesetz darstelle. Ein hiergegen verstoßendes Rechtsgeschäft sei demnach gemäß § 134 BGB absolut nichtig. Der Gesetzgeber hat im Gesetz regelmäßig die Worte „kann nicht" dort gebraucht, wo Nichtigkeit bestehen soll. Die Ansicht wurde zunächst von den gesetzgebenden Faktoren selbst [10]) und dann auch in dem Schrifttum [11]) und der Rechtsprechung des Reichsgerichts [12]) vertreten. Diese Nichtigkeit wäre eine allgemeine, so daß sie gegen jeden Beteiligten ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben wirksam wäre [13]).

Nach heute herrschender Meinung enthält aber die Vorschrift des § 181 BGB kein gesetzliches Verbot, sondern nur dispositives Recht [14]). Dieser Auffassung wird zuzustimmen sein, und zwar aus folgenden Gründen. Es kann der Vertretene seinem Vertreter vorher seine Einwilligung zum Selbstkontrahieren erteilen. Kann man aber das Kontrahieren mit sich selbst ausdrücklich oder stillschweigend gestatten, dann ist nicht einzusehen, warum man ein solches Geschäft nicht auch soll genehmigen können. Es würde dann ein Verstoß gegen § 181 BGB nicht Nichtigkeit, sondern schwebende Unwirksamkeit hervorrufen [15]).

Die Vorschrift des § 181 BGB ist auch nicht als Verbotsgesetz anzusehen [16]). Die Bestimmung des § 181 BGB beabsichtigt, nicht nur eine Interessenkollision zu verhüten, sondern auch die Zweifel zu lösen, die sich aus dem Wesen der Willenserklärung ergeben [17]). Der Vertretene ist vor der Übervorteilung durch seinen Vertreter durch die schwebende

---

10) Protokolle der 2. Lesung, Buch 1, S. 353/54.

11) Endemann, a.a.O., S. 400; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, zu § 181; Planck-Strohal, a.a.O., 3. Aufl. Bem. 3 zu § 181, anders Flad. 4. Aufl. zu § 181.

12) RGZ Bd. 51, 422 (426).

13) KG in OLG Bd. III S. 109.

14) Biermann, a.a.O., S. 284; Brodmann, Die Handelsgeschäfte, Handb. IV 2. Abtlg. S. 148 ff.; Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 § 170, 3; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 168 II 2; Hupka, a.a.O. S. 341 ff.; Predari in Gruch. Bd. 63 S. 684; RGRK, a.a.O., § 181 S. 266; Staub-Gadow, Komm. zum HGB, § 58 Anhang Anm. 36; RGZ Bd. 56 S. 108, Bd. 63 S. 684, Bd. 67 S. 51, Bd. 68 S. 180.

15) Vergleiche Anmerkung 14.

16) RGZ Bd. 67 S. 55.

17) RGZ Bd. 103 S. 418.

Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes geschützt. Es steht in seinem Belieben, durch Genehmigung das Rechtsgeschäft wirksam werden zu lassen oder durch eine Verweigerung desselben den Geschäftsabschluß zu verhindern. Ein Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter trotz des Verbotes des § 181 BGB mit sich selbst abschließt, ist zweckmäßig rechtlich ebenso zu beurteilen, wie jede andere Vollmachtsüberschreitung. Es muß deshalb § 177 BGB Anwendung finden, d. h. die Wirksamkeit des Vertrages hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab. Durch diesen Akt wird dem Schwebezustand ein Ende bereitet, und das Rechtsgeschäft wird nunmehr ex tunc voll wirksam (§ 177/I BGB).

Das Reichsgericht vertritt aber die Ansicht, daß es einer Genehmigung dann nicht bedarf, wenn die Verweigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde [18]). Es sagt jedoch selbst hierzu, daß man mit der Anwendung dieser Auslegung des § 181 BGB mehr als vorsichtig sein sollte. Da die Grenzen von Treu und Glauben schwer bestimmbar sind, führt diese Ansicht zu einer solchen Verkehrsunsicherheit, daß man sich ihr nicht anschließen kann [19]).

C. Die Gestattung des Selbstkontrahierens.

a) In Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Der Gesetzgeber hat in zwei Fällen eine Ausnahme von dem Verbot des Selbstkontrahierens zugelassen, nämlich wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder dem Vertreter gestattet ist. Unter dem Begriff „Verbindlichkeit" ist ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB zu verstehen, bei dem es auf die Leistungspflicht des Schuldners ankommt. Gemäß § 242 BGB ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung, ein Tun oder Unterlassen, zu verlangen. In der Bewirkung derselben liegt die Erfüllung der Verbindlichkeit. Erfolgt diese nicht, so bleibt die Forderung des Gläubigers auf Leistung unbefriedigt. Die Rechtsordnung gibt dann dem Berechtigten die im Gesetz aufgeführten Rechtsmittel zur Erzwingung und Eintreibung der Forderung. Deshalb kann eine erstrebte Leistung zwar erfüllbar, aber dennoch nicht erzwingbar sein. Dies trifft insbesondere auf die sogenannten unvollkommenen Schuldverhältnisse zu, wie Spiel, Wette, Differenzgeschäft. Diese Fälle scheiden bei § 181 BGB aus [20]).

Nicht anwendbar ist § 181 BGB auch in den Fällen, in denen es sich um nicht fällige, um zweifelhafte oder um streitige Verbindlichkeiten handelt. In diesen Fällen können immer noch Interessenkollisionen bestehen. Die Vorschrift des § 181 BGB will aber nur solche Arten der

---

18) Brodmann, a.a.O., Handbch. S. 143; Staudinger, Komm. zum BGB, § 181 S. 739; RGZ Bd. 64 S. 373; Bd. 110 S. 216.

19) Oertmann, Komm. z. BGB, § 181 S. 663.

20) Kolligs, Die jur. Struktur des Selbstkontrahierens, S. 15 ff.; Planck, a.a.O., S. 480; Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 664.

Erfüllung einer Verbindlichkeit zulassen, bei denen keine widerstreitenden Interessen vorhanden sein können. Deshalb wird auch die Aufrechnung für unzulässig gehalten[21]).

Eine noch nicht fällige Forderung darf der Vertreter an den Vertretenen gemäß §§ 271 Abs. 2/272 BGB erfüllen. Anders ist die Rechtslage, wenn der Vertreter der Berechtigte ist. Dann darf er nicht namens des Vertretenen an sich selbst leisten, solange die Forderung noch nicht fällig oder einredebehaftet ist. Dies würde über einen Erfüllungsakt hinausgehen und eine Verfügung über fremdes Vermögen bedeuten[22]). Es muß deshalb auch bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit stets darauf geachtet werden, daß es sich um ein reines Erfüllungsgeschäft handelt, weil auch hier die Möglichkeit einer Interessengefährdung des Vertretenen bestehen könnte.

b) Die ausdrückliche und stillschweigende Gestattung.

Die zweite Ausnahme von dem Verbot des Selbstabschlusses, die § 181 BGB zuläßt, ist die Gestattung desselben. Erfolgt diese ausdrücklich, so sind rechtliche Schwierigkeiten nicht vorhanden. Liegt eine solche nicht vor, so entsteht die Frage, ob man dann aus den Umständen oder dem Stillschweigen auf eine Gestattung schließen kann[23]).

Die Gestattung des Abschlusses mit sich selbst wird grundsätzlich von dem auszugehen haben, der den Vertreter bevollmächtigt hat. Diese Erlaubnis des Selbstkontrahierens bewirkt dann eine Erweiterung der Vollmacht. Ihrer juristischen Natur nach hat die Gestattung den Charakter einer Bevollmächtigung, weshalb die allgemeinen Vorschriften über die Vollmacht anzuwenden sind. Sie kann daher grundsätzlich ohne besondere Form vollzogen werden. Es ist nicht erforderlich, daß die Gestattung in einem Vertrage ausgesprochen wird, ausreichend ist, wie bei der Vollmacht, eine einseitige Erklärung[24]).

Aus dem Umstand, daß eine Generalvollmacht erteilt ist, darf allerdings noch nicht geschlossen werden, daß die unter den § 181 BGB fallenden Vertreterhandlungen gestattet sind[25]). Sonst würde diese Ge-

---

21) OLG Bd. 8 S. 32. Anderer Ansicht Dernburg, a.a.O. Bd. 1, § 170, der in der Aufrechnung eine gegenseitige Zahlung sieht, die dem Vertreter freisteht.

22) Biermann, a.a.O., S. 284; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 454; Oertmann, a.a.O., § 181 S. 664; RGRK, a.a.O., § 181 S. 288.

23) Biermann, a.a.O., S. 285; Brodmann, Handbch., S. 142; Brodmann, Komm. zum GmbH.-Gesetz, S. 146; Dernburg, a.a.O., S. 497; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 454; Oertmann, a.a.O., S. 663; Planck, a.a.O., S. 481; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 737; Warneyer, a.a.O., S. 329; RGZ Bd. 48 S. 57; Bd. 51 S. 427; Bd. 56 S. 106; Bd. 64 S. 373; Bd. 68 S. 174; Bd. 74 S. 413; LZ 1908 S. 376; 1914 S. 470; OLG Bd. 5 S. 46; Bd. 6 S. 38; Bd. 8 S. 31; Bd. 22 S. 158; Zentralbl. f. freiw. Gerichtbarkeit Bd. 12 S. 362; 1903 S. 509.

24) Oertman, a.a.O., § 181 3bß S. 662; Dernburg, a.a.O., § 170/II, 2; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 168 Anm. 14; RGZ Bd. 74 S. 413.

25) OLG Bd. 8 S. 31; RGZ Bd. 51 S. 427.

setzesstelle ihre Bedeutung vollkommen verlieren und in sich widersinnig sein. Auch bei einem Generalbevollmächtigten muß stets verlangt werden, daß eine „ausdrückliche oder doch unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung" des Kontrahierens mit sich selbst erfolgt [26]).

Eine ausdrückliche Gestattung des Selbstkontrahierens ist durch den Vertretenen möglich. Viel erörtert und auch von gewisser Bedeutung ist aber die Frage, ob eine stillschweigende Erlaubnis oder eine Gestattung auf Grund der Verkehrssitte möglich ist. Hupka [27]) lehnt eine solche stillschweigende Ermächtigung ab. Nach seiner Ansicht ist es beispielsweise einem Kassierer einer Bank nicht einmal gestattet, eigenes Geld mit solchem der Bank zu wechseln, sondern er bedarf hierzu einer dritten Person. Diese Auffassung bedeutet in einer solchen Strenge zweifellos eine große Verkehrserschwerung. Daß es einer ausdrücklichen Gestattung nicht bedarf, kann aus dem Gesetz selbst geschlossen werden, denn sonst hätte es der Gesetzgeber, genau wie in den §§ 244, 700 BGB, vorgeschrieben [28]).

Eine stillschweigende Gestattung wird im allgemeinen erst dann anzunehmen sein, wenn es sich um verkehrsübliche, insbesondere verhältnismäßig geringfügige Geschäfte handelt, z. B. wenn der Handlungsgehilfe für seinen eigenen Bedarf aus dem Geschäfte seines Arbeitgebers zum Verkaufspreis oder üblichen Rabatt Waren entnimmt, oder der Kassierer Bankgeld wechselt und die ihm gehörigen Geldstücke sofort in die Kasse legt [29]).

Eine Gestattung stets dann anzunehmen, wenn das Selbstkontrahieren nicht gegen Treu und Glauben verstoßen würde [30]), oder wenn es dem Vertretenen nur zum Vorteil gereicht [31]), müssen wir ablehnen. Beide Ansichten haben eine große Rechtsunsicherheit zur Folge, weil es für die Auslegung der genannten Begriffe keine sicheren Anhaltspunkte gibt. Deshalb ist die Entscheidung des Reichsgericht [32]), daß ein Selbstabschluß bei objektiver Sachlage [33]) gestattet sei, abzulehnen, denn auch hier wird durch die Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit für Dritte die Verkehrssicherheit gefährdet.

Auch der Ansicht von Oertmann [34]), daß das Selbstkontrahieren als stillschweigend gestattet anzusehen ist, wenn es den Interessen des Vertretenen entspricht, wird nicht beigepflichtet werden können. Denn ob das

---

26) RGZ a.a.O., OLG, Bd. 5 S. 46 (Kiel).
27) Hupka, a.a.O., S. 340/41 Anm. 1.
28) Fischer bei Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. 3 zu § 125 HGB, S. 75.
29) Dernburg, a.a.O., Bd. 1 § 170/II,2 S. 557; Biermann, a.a.O., Bd. I § 77 Anm. 8 S. 285.
30) Dernburg, a.a.O., S. 497; Staub-Hachenburg, a.a.O., 1. Aufl., § 36 Anm. 14, 5. Aufl., § 36 Anm. 13.
31) Staub-Bondi, a.a.O., 9. Aufl., § 58 Anm. 12.
32) LZ 1912 Sp. 470 ff.
33) Brodmann, Kommentar, S. 143. Hanke, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, S. 64 f.
34) Oertmann, a.a.O., § 181 3 bß S. 663.

Rechtsgeschäft so unzweifelhaft den Interessen des Vertretenen entspricht, muß dieser selbst entscheiden.

Wann eine stillschweigende Gestattung vorliegt, wird man im allgemeinen niemals festlegen, sondern immer nur in dem konkreten Fall prüfen können. Hierbei wären dann Zweck und Umfang der Vollmacht in Verbindung mit der Verkehrssitte und schließlich auch wirtschaftliche Erwägungen maßgebend. Nicht unbeachtet dürfen dann auch stillschweigende Duldungen früherer Geschäftsabschlüsse gleicher Art bleiben, bei denen der Vertretene mit der Vornahme einverstanden war. Ferner ist zu berücksichtigen, ob dem Vollmachtgeber bei Erteilung bekannt war, daß der Vertreter bzw. der zu Bevollmächtigende in gleicher Sache auch für sich auftritt. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung [35]).

In den Fällen der Gestattung des Selbstkontrahierens muß der rechtsgeschäftliche Wille in einer für die Rechtsordnung wahrnehmbaren Weise hervortreten, wenn er Rechtswirkungen zeitigen soll [36]). Da das BGB grundsätzlich von der Formfreiheit ausgeht, ist es gleichgültig, wie dieser Wille erklärt wird (Erklärung vor Zeugen, Buchung in den Geschäftsbüchern, Wechsel, Depot, usw.).

II. Abschnitt.

A. Das Verbot des Selbstkontrahierens bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Gerade im Wirtschaftsleben stößt man auf die vorstehend erörterten, grundlegenden Probleme tagtäglich. So kommen auch Rechtsgeschäfte vor, die ein Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft mit sich selbst, als Privatperson, abschließt. Sie sind sehr wohl möglich, fallen aber unter das Verbot des § 181 BGB und sind deshalb grundsätzlich nicht statthaft.

a) Die Stellung der Gesellschaft m.b.H. als juristische Person.

Der Gesetzgeber hat in § 13 GmbH.-Ges. festgesetzt, daß die Gesellschaft m.b.H. als solche selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten sein soll. Sie ist somit Rechtssubjekt und eine juristische Person. Nach der heute herrschenden deutsch-rechtlichen Anschauung müssen wir diese Gesellschaftsform als eine reale Gesamtperson betrachten, die in Wahrheit vorhanden ist und nicht für die Abwicklung von Rechtsgeschäften

---

35) Brodmann, a.a.O., § 36 Anm. 5; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 36 Anm. 13; RGRK, a.a.O., § 181; Staub-Gadow, a.a.O., zu § 58 Anm. 32; RGZ Bd. 51 S. 422; Bd. 68 S. 175; Bd. 74 S. 413. Seuff. Arch. Bd. 70 Nr. 236.

36) Biermann, a.a.O., Bd. 1, § 77 Abs. 3; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., Bd. 1, § 168/II/1, S. 427. Oertmann, a.a.O., Bem. 4a zu § 181 BGB. S. 665. Staub-Bondi, Erk. zu § 58 HGB Anm. 13.

fingiert wird[1]) (Römisch-rechtliche Auffassung: Fiktionstheorie). Die G.m.b.H. kann Subjekt von Rechten und Pflichten sein. Um nun aber von ihrer Persönlichkeit Gebrauch machen zu können, sind physische Personen erforderlich, die ihr Wollen (Gesellschafterversammlung) und Handeln (Geschäftsführer) ausdrücken. Durch die Betätigung dieser physischen Personen, der Organe, handelt die juristische Person selbst[2]). Sie sind ein Stück und vor allem ein wesentlicher Bestandteil der Gesellschaft m.b.H.

b) Die Aufgaben der einzelnen Organe.

Die rechtliche Stellung der Organe der Gesellschaft m.b.H. ist grundsätzlich in der Satzung der Gesellschaft geregelt.

Dem Geschäftsführer liegt die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Gesellschaft ob (§ 35 GmbH.-Gesetz). Seine Tätigkeit gliedert sich in die Vertretung der Gesellschaft und in die Führung der Geschäfte.

Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist unbeschränkt und kann auch nicht durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag beschränkt werden. Eine Einschränkung ist mit Ausnahme der Kollektivklausel lediglich in zwei Fällen durch das Gesetz möglich, und zwar: Im Falle des § 46 Ziff. 8 GmbH.-Gesetz und beim Selbstkontrahieren.

Die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse innerhalb der Gesellschaft gehört nicht zur Vertretung der G.m.b.H. gegenüber Dritten. Die Führung der Geschäfte wird durch die Satzung bzw. den Anstellungsvertrag geregelt. Den hierin enthaltenen Vorschriften haben die Geschäftsführer Folge zu leisten, (§ 37 GmbH.-Gesetz). Eine Verletzung der Bestimmungen macht die Geschäftsführer regreßpflichtig. Es können ihnen ihre Verwaltungsbefugnisse eingeschränkt oder auch ganz entzogen werden. Hierüber entscheidet die Gesellschafterversammlung. Wird dem Geschäftsführer die Führung der Geschäfte ganz genommen, so ist er lediglich noch Vollzugsorgan der ihm übergeordneten Organe.

Die Gesellschafterversammlung ist das Organ, in dem der Charakter der Verbandsperson am klarsten zum Ausdruck kommt. Aus der Zusammenfassung der gleichartigen, oder durch die Abwägung divergierender Einzelwillen entsteht der Wille der Gesellschaft[3]). Sie ist das die Gesellschaft beherrschende Zentralorgan, für dessen Zuständigkeit stets eine Vermutung besteht. Die Macht der Gesellschafter hat ihre Grenze nur an zwingenden Gesetzesvorschriften (§ 53 GmbH.-Gesetz), oder an Sonderrechten des einzelnen Gesellschafters. Die §§ 46—51 GmbH.-Gesetz gelten für sie nur hilfsweise, sodaß die Gesellschafter bezüglich der Organisation über große Freiheiten verfügen[4]).

Die Gesellschafter können ihre Funktionen als Beschlußorgan - auch diese Tätigkeit ist eine Geschäftsführung, aber nicht im Sinne einer Ver-

1) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, S. 603, insb. S. 608., Ders., Deutsches Privatrecht, Bd. I S. 467.
2) Gierke, a.a.O., Genossenschaftstheorie, S. 624.
3) Griebel, Die Einmanngesellschaft, S. 8.
4) Locher, Handels-, Wechsel- und Seerecht, S. 1279.

tretung — ganz ausüben (mittelbare Geschäftsführung) oder auf einen Gesellschafter,, auf den Aufsichtsrat oder auf die Geschäftsführer ganz oder teilweise übertragen. Dies bedeutet jedoch keinesfalls einen Verzicht auf Kontrollmaßnahmen gegenüber dem bevollmächtigten Organe, denn dieses übt seine Befugnisse nur in Abhängigkeit von den Gesellschaftern aus. — Für den außenstehenden Dritten, der mit der Gesellschaft kontrahiert, ist es rechtlich ohne Bedeutung, wer die Verwaltung ausübt.

Im allgemeinen wird jedoch das Schwergewicht der Verwaltung bei den Gesellchaftern liegen, weil sie an dem Wohlergehen der Gesellschaft durch ihre Kapitalbeteiligung am meisten interessiert sind. Anweisungen und Genehmigungen gegenüber dem Geschäftsführer werden dann von ihnen erteilt. Satzungsänderungen können nur von der Gesellschafterversammlung allein vorgenommen werden.

Der Aufsichtsrat ist bei der Gesellschaft m.b.H. gemäß § 52 GmbH.-Gesetz nur fakultativ, während die beiden anderen Organe (Gesellschafterversammlung und Geschäftsführer) unbedingt vorhanden sein müssen. Besteht die Gesellschafterversammlung aus einer größeren Anzahl von Mitgliedern, sodaß eine Einberufung nicht zu oft stattfinden kann, aber eine laufende Kontrolle der Unternehmungsleitung erwünscht erscheint, so wird die Gesellschafterversammlung zweckmäßigerweise einen Aufsichtsrat bestellen. Jedoch kommt eine Bestellung des Aufsichtsrates nur dann in Frage, wenn die Satzung über seine Einführung Bestimmungen enthält. Seine gesamte Tätigkeit kann durch das Statut geregelt werden.

Der Aufsichtsrat steht den Geschäftsführern als ein selbständiges Organ der Konrolle gegenüber. Er kann im Verhältnis zur Geschäfrsführung zum direkten übergeordneten Verwaltungs-Organ ausgebaut werden [5]). Andererseits untersteht der Aufsichtsrat grundsätzlich der Gesellschafterversammlung und ist verpflichtet, deren Beschlüsse auszuführen und ihr Rechenschaft abzulegen.

B. Die Anwendung des Verbotes auf die Geschäftsführer.

Es besteht die Möglichkeit, daß ein Geschäftsführer einer Gesellschaft m.b.H. in doppelter Stellung tätig wird, einmal als Geschäftsführer der Gesellschaft und zum anderen als Privatperson, d. h. sein rechtsgeschäftliches Handeln ersetzt das erforderliche Tätigwerden zweier Personen. Der Handelnde schließt mit sich selbst als Vertreter eines anderen Rechtssubjektes oder mit sich als Vertreter eines dritten Rechtssubjektes ab. In einem solchen Falle greifen zwei Interessenkreise ineinander, weil sie durch eine und dieselbe Person vertreten werden und dadurch die für das Verbot des § 181 BGB typische Interessenkollision hervorgerufen wird [6]).

Das Verbot des Selbstkontrahierens findet zunächst aber nur auf Vertreter Anwendung, die eine Willenserklärung für den Vertretenen mit der Wirkung abgeben oder empfangen, daß diese unmittelbar gegen

5) Staub-Hachenburg, a.a.O., § 52 Anm. 39.
6) Seuff. Arch. Bd. 56 S. 80.

den Vertretenen wirkt. Es müssen zwei Personen vorhanden sein: Der Vertretene und der Vertreter. Die Geschäftsführer sind aber keine Vertreter, sondern Organe der Gesellschaft m.b.H.

Schloßmann [7]) und v. Tuhr [8]) gehen davon aus, daß die Stellung der sogenannten Organe zu der juristischen Person sich von der des Vertreters zu dem Vertretenen in nichts unterscheidet. Für sie ist das Organ lediglich Vertreter der willenlosen und handlungsunfähigen juristischen Person. Es steht bei seinem Tätigwerden allein da ohne eine direkte Beziehung zu der juristischen Person, aber die Wirkungen des Handelns sollen dann auf sie bezogen werden.

Diese Auffassung wird dem Wesen der juristischen Person nicht gerecht und ist deshalb abzulehnen.

Die Organe sind organisatorische Bestandteile der juristischen Person und sind ihr begrifflich untergeordnet. Ihr Handeln bedeutet notwendigerweise zugleich eine Handlung der Verbandsperson [9]), denn anders könnte der Verband gar nicht tätig werden. Das Organ repräsentiert die Gesellschaft und verkündet den Willen der Körperschaft.

Über die rechtliche Stellung der Organe haben sich verschiedene Ansichten herausgebildet. Die einen sehen sie als Vertreter an, ähnlich wie beim rechtsfähigen Verein, die anderen lehnen diese Auffassung ab und lassen die Anwendung des § 181 BGB nur analog zu. Beide Ansichten haben dasselbe Ziel im Auge, den Selbstabschluß nach Möglichkeit zu verhindern [10]).

Für die rechtliche Beurteilung des Selbstkontrahierens bei der Gesellschaft m.b.H. ist es ohne Bedeutung, ob wir der Organtheorie oder der Vertretertheorie [11]) folgen, denn das Verbot des § 181 BGB greift in beiden Fällen durch, nur daß nach der Organtheorie § 181 BGB nicht unmittelbar, sondern analog anzuwenden ist.

a) Bei Einzelvertretung.

Aus diesem Grunde ist es einem einzigen Geschäftsführer einer Gesellschaft m.b.H. nicht gestattet, mit der von ihm vertretenen Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abzuschließen. Bei einem derartigen Rechtsakt individualrechlicher Natur würde der Geschäftsführer als selbständige Einzelperson Interessen vertreten, die denen der Gesellschaft entgegenstehen können.

Wenn die Gesellschaft noch einen weiteren Geschäftsführer hat, z. B. einen stellvertretenden Geschäftsführer (§ 44 GmbH.-Gesetz), dann würde

---

7) Schloßmann, Iherings Jahrbch. Bd. 44 S. 315 ff.
8) v. Tuhr a.a.O. Allgemeiner Teil § 32, II S. 461.
9) Preuß. Iherings Jahrbch. Bd. 44 S. 445—452 ff.
10) Vgl. hierzu: Brodmann, a.a.O., § 35 Abs. 1, Dernburg, a.a.O., Bd. 1 § 162/2 S. 530; Endemann, a.a.O., Bd. 1 § 44 Anm. 13, S. 196; Fischer bei Fischer-Henle, a.a.O., Anm. 3 zu § 26 BGB S. 17; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 35 Anm. 1 und 2.; Oertmann, a.a.O., Bem. 5a zu § 26 BGB S. 100.
11) Scholz, Komm. zum GmbH.-Ges., § 35 II Ziff. 5; Brodmann, a.a.O., § 35 Abs. 1; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 35 Anm. 1—2.

in diesem Falle eine Möglichkeit für den Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit dem rechtlich behinderten Geschäftsführer unter der Voraussetzung bestehen, daß die Geschäftsführer im Innenverhältnis ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung Rechtsgeschäfte tätigen dürfen. Es könnte dann der stellvertretende Geschäftsführer für den rechtlich behinderten Geschäftsführer eintreten und mit diesem als Privatperson das Rechtsgeschäft vornehmen [12]).

Von besonderer Bedeutung ist das Selbstkontrahieren vielfach im Konzernrecht, wenn es sich um Mutter- und Tochtergesellschaften handelt. Es ist nicht selten, daß die beiden Gesellschaften, insbesondere, wenn die Muttergesellschaft sämtliche Geschäftsanteile der Tochtergesellschaft in ihren Händen hat, denselben Geschäftsführer haben. Da beide Gesellschaften formalrechtlich zwei verschiedene Rechtssubjekte sind, kann der alleinige Geschäftsführer nicht rechtswirksam Verträge zwischen beiden Gesellschaften abschließen.

Wenn die Gesellschaft m.b.H. lediglich einen einzigen Geschäftsführer hat und diesem das Selbstkontrahieren nicht gestattet ist, dann können bei Auftreten desselben bezüglich des Abschlusses eines rechtswirksamen Vertrages Schwierigkeiten entstehen. Zur Behebung derselben stehen der Gesellschaft grundsätzlich folgende drei Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Die Gesellschaft bestellt gemäß § 48 Ziff. 8 GmbH.-Gesetz einen besonderen Vertreter.
2. Die Gesellschaft läßt sich gemäß § 52 GmbH.-Gesetz und § 247 HGB durch den Aufsichtsrat vertreten, sofern ein solcher bestellt ist.
3. Die Gesellschaft ernennt für alle Fälle einen stellvertretenden Geschäftsführer, den sie vielfach aus dem Kreise der Gesellschafter entnimmt.

Gestattet ist dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren nur in den beiden vom Gesetz genannten Ausnahmefällen, daß das Rechtsgeschäft „ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht", oder daß „ein anderes ihm gestattet ist."

Wenn der Geschäftsführer den Selbstabschluß in Erfüllung einer Verbindlichkeit vornimmt, so ist unbedingtes Erfordernis, daß bei der Erfüllung der Verbindlichkeit nicht eine neue Verpflichtung zur Entstehung gelangt. So darf z. B. der Geschäftsführer einer G.m.b.H. nicht ohne besondere Ermächtigung einen der Gesellschaft gehörenden Wechsel an sich selbst indossieren [13]), selbst wenn eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Indossierung an den Geschäftsführer vorliegen würde, denn durch das Indossement entsteht aus dem Wechselrecht eine neue Verpflichtung des Geschäftsführer, sodaß von ausschließlicher Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht gesprochen werden kann. Es ist vielmehr erforderlich, daß vom Geschäftsführer durch Vermerk auf dem Wechsel der Haftungsausschluß geltend gemacht wird, (sine obligo-Klausel), sodaß dem In-

12) OLG Bd. 11 S. 395.
13) JW 09, S. 667.

dossament lediglich noch eine Transport-, aber keine Garantiewirkung innewohnt.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens wird grundsätzlich stets von herleitet, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung entweder von der herleitet, bei der Gesellschaft mi beschränkter Haftung entweder von der Gesellschafterversammlung, oder, falls er ernannt und ihm die Bestellung des Geschäftsführers übertragen ist, vom Aufsichtsrat. Wann daher für den Geschäftsführer eine stillschweigende oder ausdrückliche Gestattung des Selbstabschlusses vorliegt, wird in dem Abschnitt über die Gestattung des Selbstkontrahierens zu untersuchen sein.

b) Bei Gesamtvertretung.

Wenn die Gesellschaft m.b.H. durch zwei Geschäftsführer derart vertreten wird, daß beide nur gemeinschaftlich handeln können (sogenannte Gesamtvertretung), so kann nicht etwa der eine oder der andere Geschäftsführer die Gesellschaft allein vertreten. Es wird deshalb die Rechtslage im Falle des Selbstkontrahierens nicht anders zu beurteilen sein wie bei einem einzigen Geschäftsführer.

Die Gesellschaft m.b.H. steht bezüglich ihrer Organisation und Bedeutung in der Mitte zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft. Da das GmbH.-Gesetz über die Gesamtvertretung keine Regelung enthält, können für die Auslegung dieser Vertretungsart die Vorschriften über die Gesamtvertretung bei Vertretungsberechtigen Gesellschaftern einer oHG (§ 125 Abs. 2 Satz 2 HGB) und die für gesamtberechtigte Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (§ 232 Abs. 1 Satz 2 HGB) herangezogen werden.

Die Gesamtvertretung ist „eine einzige auf mehreren Schultern ruhende Vertretung, bei der jedes Mitglied einen Teil des Ganzen darstellt“ [14]). Es kann deshalb durch die rechtliche Behinderung des einen Gesamtgeschäftsführers der nunmehr noch verbleibende Geschäftsführer nicht allein vertretungsberechtigt werden [15]).

Es verstößt daher ein Rechtsgeschäft, das die Kollektivgeschäftsführer namens der Gesellschaft und mit einem von ihnen vornehmen, gegen § 181 BGB. Dies wird auch vom Reichsgericht, insbesondere für den Fall der Gesamtvertretung mehrerer Geschäftsführer bei der G.m.b.H. bejaht [16]).

Eine Umgehung und Vermeidung des auftretenden Interessenkonfliktes ist auch nicht dadurch möglich, daß der rechtlich behinderte Geschäftsführer den anderen zur Vornahme des Rechtsgeschäftes mit ihm ermächtigt.

Grundsätzlich können die Geschäftsführer sich gegenseitig zur alleinigen Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte ermächtigen bzw. solche geneh-

---

14) Parisius-Crüger, Gesetz betr. die Gesellschaft mbH., S. 88.
15) Scholz, a.a.O., § 35 Abs. 3 Nr. 2; RGZ Bd. 89 S. 377, Bd. 103 S. 417, LZ 1926 S. 438 Nr. 3.
16) RGZ a.a.O.; JW 1930 S. 1419. Anderer Ansicht Brodmann, a.a.O., § 35 Abs. 2, der für eine weniger strenge Auslegung eintritt.

migen. Eine derartige Ermächtigung bezw. Genehmigung verstößt nicht gegen das Wesen der Gesamtvertretung, weil es sich hier lediglich um eine Art der Bevollmächtigung handelt [17]). Wenn aber die Ermächtigung zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes von dem Geschäftsführer ausgesprochen wird, mit dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, dann verstößt dieses gegen § 181 BGB; denn sonst wäre § 181 BGB praktisch wertlos.

Das Selbstkontrahieren ist auch bei der Gesamtvertretung nur dann erlaubt, wenn es zur Erfüllung einer Verbindlichkeit dient oder ein anderes gestattet ist.

Soll aber dennoch ein Rechtsgeschäft mit einem Gesamtgeschäftsführer vorgenommen werden, das gegen das Verbot des Selbstkontrahierens verstößt, so muß die Gesellschafterversammlung bezw. der Aufsichtsrat die Zustimmung erklären. Wer zuständig ist, ergibt sich aus der Satzung.

c) Bei dem Gesellschaftergeschäftsführer.

Vielfach werden eine oder mehrere Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt. Ihre Eigenschaft als Gesellschafter enthebt sie nicht ihrer besonderen Pflichten als Geschäftsführer. Sie sind denselben Vorschriften wie Drittgeschäftsführer unterworfen. Bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst sind sie nicht „duplex persona“, sondern „triplex persona“ [18]), weil sie in diesem Falle bei ihrem rechtsgeschäftlichen Tätigwerden als Privatperson, Geschäftsführer und bei evtl. Erteilung der Genehmigung als Gesellschafter auftreten. Sie dürfen Rechtsgeschäfte mit sich selbst grundsätzlich ebenfalls nur in den vom Gesetz genannten Ausnahmefällen vornehmen.

d) Die Bestellung des Substituten.

Wenn z. B. der rechtlich behinderte Geschäftsführer dennoch ein Rechtsgeschäft mit sich und namens der Gesellschaft vornehmen möchte, dabei aber nicht gegen das Verbot des Selbstkontrahierens verstoßen will, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als sich einen Vertreter zu bestellen. Dieser Vertreter, den man im allgemeinen als Substituten (Vertreter des Vertretenen) bezeichnet, muß dann für den rechtlich behinderten Geschäfsführer eintreten. Das Verbot des Selbstkontrahierens greift selbstverständlich in dem Falle durch, in dem der Vertreter nur für seine Person einem anderen Vollmacht erteilt hat. In diesem Falle würde dann die Wirkung wieder in der Person des bestellenden Vertreters eintreten. Deshalb bedarf dieser Fall keiner weiteren Betrachtung. Aber auch in dem Fall des Substituten, der anstelle des Vertretenen Vollmacht zum Handeln namens der G.m.b.H. erhalten hat, gehen die Meinungen auseinander.

---

17) RGZ Bd. 80 S. 180, Bd. 81 S. 325, JW 1928, S. 215; JW 1930 S. 1024.

18) **Brodmann, a.a.O., § 36 Anm. 1.**

Zunächst muß für diese Untersuchung unterstellt werden, daß die Vertretungsmacht des Geschäftsführers die Erteilung von Vollmachten für die Gesellschaft m.b.H. enthält. Dann könnte angenommen werden, daß der Substitut mit dem Vertreter als Einzelperson abschließen kann, demnach § 181 BGB unanwendbar ist[19]). Dieses kann aber nur dann der Fall sein, wenn der Substitut in ein unmittelbares Verhältnis zum Vollmachtgeber, der Gesellschaft m.b.H., tritt.

In dem Schrifttum[20]) wird dem aber entgegengehalten, daß gerade solche Substituten, besonders wenn sie für ein bestimmtes Geschäft bestellt werden, im Innenverhältnis dennoch von dem Vertreter Weisungen erhalten, und meistens die Interessen des Geschäftsführers zuerst berücksichtigen und erst in zweiter Linie die ihm ferner liegenden Interessen der Gesellschaft. Oertmann[21]) wendet sich hierbei nicht gegen die formalen Bedenken, sondern sieht auch jetzt noch eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen für gegeben an, weil der Substitut nur zu leicht in Abhängigkeit von dem Geschäftsführer steht. Aus diesem Grunde wird der Einrichtung des Substituten im Schrifttum Mißtrauen entgegengebracht und gefordert, sein Handeln wie das des Geschäftsführers zu beurteilen[22]).

Wir kommen somit zu dem Schluß, daß, wenn auch die Bestellung eines Substituten, besonders die für einen speziellen Geschäftsabschluß, zulässig ist, dennoch im allgemeinen eine Umgehung des § 181 BGB vorliegen dürfte. Wir müssen die Substitution als ein Umgehungsgeschäft ansehen, weil durch die vorgeschobene dritte Person meistens nur das erreicht werden soll, was ohne den Substituten nicht möglich wäre. Ein solches Tun würde dann auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 826 BGB zu betrachten sein[23]).

Gemäß dem Grundsatz des § 2 EG HGB finden auf die juristischen Personen des Handelsrechts die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über den rechtsfähigen Verein hilfsweise Anwendung. § 29 BGB schreibt vor, daß, sofern die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins fehlen, auf Antrag eines Beteiligten diese von dem Amtsgericht zu bestellen sind; d. h. für die G.m.b.H. müßte dann auf Antrag ein Vertreter bestellt werden, der für das betreffende Rechtsgeschäft an die Stelle des rechtlich behinderten Geschäftsführers tritt[24]). Die Bestellung eines solchen Vertreters geschieht aber nur auf Antrag eines Beteiligten. Beteiligte bei einem solchen Selbstabschluß sind aber nur die Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, und der Geschäfts-

---

19) Oertmann, a.a.O., S. 662; Planck, a.a.O., § 181, 1 b; v. Tuhr, a.a.O., S. 368, RGZ Bd 103, S. 417, Bd. 108 S. 406.

20) Brodmann, a.a.O., § 117 Anm. 2; Endemann, a.a.O., § 80 Anm. 31; Predari in: Gruch. Bd. 63 S. 692/93. Staub-Bondi, a.a.O., Anhang zu § 58 Anm. 12 HGB. Staudinger-Riezler, a.a.O., § 181 Nr. 3

21) Oertmann, a.a.O., § 181, S. 662.

22) s. Anmerkung 20.

23) Predari a.a.O.; RGRK, a.a.O., § 181, S. 266. Vgl. zu diesem Problem Krönig, Der Geschäftsabschluß des Geschäftsführers einer G.m.b.H. mit sich selbst, S. 29, der die Stellung des Schrifttums und des RG ausführlich wiedergibt.

24) RGZ Bd. 68 S. 179.

führer als Privatperson. Von dieser Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters durch das Amtsgericht wird jedoch vielfach aus Bequemlichkeit zum Schaden der Rechtssicherheit kein Gebrauch gemacht werden.

Ein gemäß § 29 BGB zur Wahrnehmung bestimmter Rechtsgeschäfte bestellter Vertreter steht dem rechtlich behinderten Geschäftsführer vollkommen unabhängig gegenüber. Er empfängt von ihm keine Weisungen, sondern ist nur der Vorschrift des § 43 Ziff. 1 GmbH.-Gesetz unterworfen, sodaß eine ordnungsgemäße Abwicklung der betreffenden Geschäfte zu erwarten ist.

C. Die Gestattung des Selbstkontrahierens durch die Gesellschafterversammlung.

Die rechtliche Organisation der Gesellschaft mbH. ist im allgemeinen in der Satzung hinreichend geregelt. Beschlüsse der Gesellschafter können zur Ergänzung und näheren Ausführung der einzelnen Bestimmungen in besonderen Fällen dienen.

a) Die Satzung enthält keine Regelung.

Die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens muß, weil § 181 BGB nur dispositives Recht darstellt, nicht unbedingt an die Aufnahme in der Satzung, sondern kann durch Gesellschafterbeschluß, aber auch durch gesellschaftliches Gewohnheitsrecht geregelt werden. Eine derartige Regelung des Selbstkontrahierens ist dann als echtes innergesellschaftliches Recht anzusehen und bindet, ohne daß es satzungsgemäß festgelegt ist, die Gesellschafter [25]). Eine derartige Willensbildung braucht nicht unbedingt in bestimmten Formen vor sich zu gehen. Gerade in einer Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft m.b.H. ist im Gegensatz zur Aktiengesellschaft jede Art der Willenserklärung zulässig. Ausdrückliche und auch stillschweigende Einverständnisse sind anzuerkennen, wenn es bei der Gesellschaft üblich ist, in dieser Weise ihre Beschlüsse zu fassen.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens kann ausdrücklich, durch das Statut oder Beschluß sei es für den Einzelfall oder auch generell für den betreffenden oder für alle Gesellschafter ausgesprochen werden. Sie kann sich auch stillschweigend aus den Umständen, insbesondere aus dem Verhalten der Gesellschafter ergeben. Eine solche Erlaubnis zum Selbstabschluß wird stets dann anzunehmen sein, wenn der Geschäftsführer verkehrsübliche, vor allem geringfügige Geschäfte mit Wissen der Gesellschafter vornimmt. Grundsätzlich aber ist in der allgemeinen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnis des Geschäftsführers eine Gestattung des Selbstkontrahierens nicht zu sehen. Gewiß ist der Geschäftsführer zur Vornahme sämtlicher Handlungen und Erklärungen gemäß § 35 GmbH.-Gesetz ermächtigt. Aber auch diese umfassende Vertretungsmacht gibt ihm noch nicht die Befugnis, Geschäfte mit sich selbst abzuschließen. Hier greift eben gemäß § 2 EGHGB die Vorschrift des § 181 BGB durch.

Wann im einzelnen Falle eine stillschweigende Gestattung vorliegt, kann nicht generell entschieden werden. Das ist nur auf Grund eingehen-

25) Feine, Die Gesellschaft m.b.H., a.a.O., S. 74 ff.

der Prüfung des gesamten innergesellschaftlichen Lebens möglich. Das beweist aber bereits, daß eine stillschweigende Gestattung erhebliche Gefahren hervorrufen muß. Es empfiehlt sich deshalb gerade für das gesellschaftsrechtliche Leben, von einer stillschweigenden Gestattung nach Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen. Sie dient weder den Interessen der Gesellschafter, noch ist sie wegen der Gefährdung der Verkehrs- und Rechtssicherheit im Rechtsverkehr erwünscht. Das gesamte wirtschaftliche Gesellschaftsrecht bedarf klarer Formen. Um diese nach Möglichkeit zu wahren, und um so die Gesellschaft zu schützen, hat sich das System zweier verantwortlicher Unterschriften besonders bewährt, weil es für jeden Zeichnungsberechtigten stets die Mahnung enthält, gewisse Schranken, wie z. B. das Verbot des Selbstkontrahierens, nicht zu überschreiten.

Das Selbstkontrahieren ist dann wirksam, wenn die Gesellschaft es ihrem Geschäftsführer ausdrücklich gestattet oder das Rechtsgeschäft genehmigt. Eine derartige Erklärung bedarf keiner besonderen Form, sie ist lediglich eine Spezialvollmacht, (§§ 164 ff. BGB). Ein solcher Beschluß der Gesellschafterversammlung stellt sich als eine Willenserklärung nicht etwa der Gesellschafter, sondern der Gesellschaft dar, die als juristische Person wiederum über ihnen steht. Um diese Willenserklärung der Gesellschafter, die Gestattung des Selbstkontrahierens, wirksam werden zu lassen, ist erforderlich, daß sie durch ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer ausgeführt wird.

Das Reichsgericht [26]) hat für den Fall, daß bei Erteilung der Erlaubnis derselbe Gesellschaftergeschäftsführer die Gesellschaft vertritt, auch für diese Erlaubniserteilung das Verbot des § 181 BGB angenommen, weil es in der Gestattung des Selbstkontrahierens und der Vornahme des Rechtsgeschäftes ein einheitliches Rechtsgeschäft erblickt. Es ist in diesem Falle die Bestellung weiterer vertretungsberechtigter Personen erforderlich. Es kann deshalb ein Gesamtgeschäftsführer einer Gesellschaft, bei der die Geschäftsführer die einzigen Gesellschafter sind, sich nicht die Genehmigung zum Selbstkontrahieren erteilen, weil auch diese Erklärung gegen § 181 BGB verstoßen würde. Die Genehmigung kann nur dann ausgesprochen werden, wenn die Gesellschaft durch ordnungsmäßige, nicht rechtlich behinderte Geschäftsführer vertreten wird.

b) Die Satzung enthält ausdrückliche Bestimmungen.

Das Verbot des Selbstkontrahierens kann aber in der Satzung vollkommen beseitigt werden, weil § 181 BGB nur dispositives Recht darstellt. Dieser Fall bietet bei dem Auftreten des Selbstkontrahierens bei dem Geschäftsführer keine Schwierigkeiten, weil es diesem durch das Statut ausdrücklich gestattet ist. Eine derartige umfangreiche Gestattung wird in der Praxis kaum vorkommen. Auf Grund einer Untersuchung im Handelsregisterbezirk Rostock [27]) war von 86 Gesellschaften nur bei 2 das Selbstkontrahieren in der Satzung ausdrücklich gestattet. Bei den

26) JW 1925, S. 247; JW 1930, S. 1024.
27) Moll, Die GmbH. im Handelsregisterbezirk Rostock in rechtstatsächlicher Hinsicht, Diss. Rostock, S. 22.

übrigen 84 Gesellschaften war entweder das Verbot direkt ausgesprochen, oder aber es wurde die gesetzliche Regelung stillschweigend anerkannt. Enthält die Satzung eine ausdrückliche Bestimmung über das Verbot des Selbstkontrahierens dahin gehend, daß dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren verboten ist, so kann eine stillschweigende Gestattung nicht erfolgen. Selbst bei einer ausdrücklichen Gestattung des Selbstkontrahierens muß berücksichtigt werden, daß es ohne weiteres auch nicht möglich ist, die Vorschriften der Satzung, die für das gesellschaftliche Leben Gesetzeswert haben, zu übergehen. Es ist für eine derartige Genehmigung ein satzungsändernder Beschluß erforderlich, d. h. es muß mindestens eine Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen vorhanden sein, falls nicht sogar in dem Statut vorgeschrieben ist, daß für die Gestattung des Selbstkontrahierens Einstimmigkeit erforderlich ist.

Zu berücksichtigen ist dabei aber, daß evtl. gerade diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrages von den Gründern der Gesellschaft als unabänderlich gewollt sein kann. Dann ist für jeden Gründer der Gesellschaft ein Sonderrecht begründet, zu dessen Abänderung es seiner Zustimmung bedarf. Dieser Umstand kann gerade bei der G.m.b.H. von Bedeutung sein, weil bei dieser das persönliche Interesse der Gesellschafter an der Gesellschaft mehr in den Vordergrund tritt, als bei einer Aktiengesellschaft [28]). Grundsätzlich wird jedoch davon auszugehen sein, daß eine Abänderung der Statuten möglich ist [29]).

Soll die Gestattung dem Geschäftsführer nur für einen einzelnen Fall ausgesprochen werden, so ist für die Genehmigung der Beschluß der Gesellschafter mit satzungsändernder Mehrheit erforderlich und ausreichend. Anders aber, wenn dem Geschäftsführer im Anstellungsvertrag das Selbstkontrahieren gestattet werden soll. Dann ist eine formelle Satzungsänderung nicht zu vermeiden. Ob diese aber statthaft ist, kann nur eine Prüfung der Frage ergeben, ob diese Bestimmung als abänderlich oder unabänderlich gewollt ist. Bei Zulassung einer solchen Abänderung muß sie in notarieller Form vorgenommen werden (§ 53 Abs. 2 GmbH.-Gesetz).

Bei der Abstimmung über die Gestattung des Selbstkontrahierens hat der Gesellschafter, der zugleich auch Geschäftsführer ist, kein Stimmrecht. Er würde in diesem Falle fast ausnahmslos die Bildung des Gemeinschaftswillens in seinem Interesse beeinflussen können, um so für sich ein möglichst günstiges wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen. Der Gesellschaftergeschäftsführer würde wohl seine Interessen in den Vordergrund stellen. (Ausnahmen sind denkbar, dürften aber kaum vorkommen). Gegen eine solche Beteiligung bei der Bildung des Gemeinschaftswillens greift aber das Verbot des Mitstimmens in der Gesellschafterversammlung gemäß § 47 Abs. 4 GmbH.-Gesetz durch (siehe auch § 34 BGB, § 43 Abs. 3, Gen.Ges., § 252 Abs. 3 HGB) [30]).

---

28) RG in Recht 1914 Nr. 685.
29) Staub-Hachenburg, a.a.O., § 53 Anm. 5.
30) Feine, a.a.O., S. 527; Hachenburg, JW 1925, S. 247 Anm.; Oertmann a.a.O., § 32 Anm. 3; RGZ Bd. 74 S. 276.

Dieser Vorschrift liegt dieselbe rechtspolitische Erwägung zugrunde, wie in § 181 BGB. Da aber § 181 BGB nicht alle Fälle des Selbstabschlusses regelt, sondern nur die des Vertreters, der Gesellschafter aber in seiner Eigenschaft als Gesellschafter einer G.m.b.H. kein Vertreter ist, so bedurfte es einer besonderen Regelung [31]).

Eine Umgehung des Verbotes des Mitstimmens ist insofern denkbar, als der Gesellschaftergeschäftsführer für sich in die Gesellschafterversammlung einen Bevollmächtigten entsendet. Es kann aber der Bevollmächtigte nicht mehr Rechte haben als sein Vollmachtgeber.

Die Satzung soll über die mitgliedschaftsrechtliche Stellung der Gesellschafter erschöpfend Auskunft geben. Insbesondere soll ein neu eintretender Gesellschafter sofort Klarheit über seine Rechte und Pflichten haben. Wenn dann die Gestattung des Selbstkontrahierens zu einer Art Gewohnheitsrecht geworden, aber aus dem Statut nicht ersichtlich ist, so kann der neue Gesellschafter Schädigungen erleiden. Wenn auch der Handel mit Geschäftsanteilen nicht üblich ist, so scheint es doch aus Gründen der Verkehrssicherheit angebracht zu sein, eine stillschweigende Gestattung nach Möglichkeit zu vermeiden und nur ausdrückliche Erklärungen zuzulassen.

D. Die Aufgaben des Aufsichtsrats beim Auftreten des Selbstkontrahierens.

Bei größeren Gesellschaften m.b.H. wird die Ausübung und Überwachung der Geschäftsführung den Gesellschaftern nicht immer möglich sein. Sie übertragen daher ihre Befugnisse dem Aufsichtsrat, sofern er satzungsmäßig zugelassen und bestellt ist (§ 52 / GmbH.-Gesetz / § 247 HGB). Der Aufsichtsrat hat im allgemeinen keine Vertretungsmacht. Geschäftsabschlüsse mit sich selbst kommen kaum vor, sind theoretisch aber möglich. In diesem Falle würde dann der Aufsichtsrat als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln. Das Rechtsgeschäft könnte dann durch den Geschäftsführer genehmigt werden.

a) Der Aufsichtsrat nimmt das Geschäft selbst vor.

Der Aufsichtsrat hat eine gesetzliche Vertretungsmacht nur in dem Falle, daß es sich um den Abschluß eines Rechtsgeschäftes zwischen einem Geschäftsführer und der Gesellschaft handelt (§ 247 HGB). Wenn der Aufsichtsrat ein derartiges Geschäft mit dem Geschäftsführer vornimmt, so gilt für ihn im Zweifel Gesamtvertretung, falls nicht die Satzung eine Regelung der Vertretungsmacht enthält [32]).

§ 247 HGB besagt, daß der Aufsichtsrat befugt ist, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern (Geschäftsführern) zu vertreten.

---

31) Staudinger, a.a.O., § 34 Anm 2; Hachenburg, LZ 1907, S. 467.
32) Feine, a.a.O., S. 562 ff.; Brodmann, a.a.O., § 52 S. 192; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 52 Anm. 35.

b) Dem Geschäftsführer wird durch den Aufsichtsrat das Selbstkontrahieren gestattet.

Streitig ist aber, ob er die Gesellschaft vertreten muß, oder ob er Dritte oder gar den Geschäftsführer zur Vornahme des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes ermächtigen darf.

Die herrschende Lehre [33]) nimmt an, daß der Aufsichtsrat dem Vorstand das Selbstkontrahieren gestatten kann, sodaß er nicht nach außen handelnd hervortritt. Dieser Ansicht scheint sich auch das Reichsgericht anzuschließen [34]).

Die Fassung des § 247 HGB erscheint unglücklich. Der Gesetzgeber wollte das Auftreten des Selbstkontrahierens durch die Fassung dieser Vorschrift nach Möglichkeit vermeiden. Wenn diese Regelung der Verkehrs- und Rechtssicherheit dienen soll, dann ist davon auszugehen, daß der Aufsichtsrat eine Gestattung des Selbstkontrahierens nicht aussprechen kann. Seine Aufgabe soll doch gerade sein, eine Interessenkollision zu vermeiden. Es sollen die Interessen der Gesellschaft bei dem Vorliegen des Selbstabschlusses besonders durch den Aufsichtsrat gewahrt werden. Nach Ansicht von Lehmann-Ring [35]) soll § 247 HGB nicht nur dem Aufsichtsrat die Vertretungsmacht für den vorliegenden Fall geben, sondern sie zugleich dem Vorstand (Geschäftsführer) bei einem solchen Rechtsgeschäft entziehen.

Die Auffassung von Lehmann-Ring bietet die größere Gewähr für eine saubere Geschäftsführung, sodaß ihr der Vorzug zu geben ist.

aa) Bei formlosen Rechtsgeschäften.

Für den Fall, daß man annimmt, der Aufsichtsrat könne dem Geschäftsführer für das in Frage stehende Rechtsgeschäft das Selbstkontrahieren gestatten, bedarf es hierzu keiner besonderen Form. Erforderlich ist, falls die Vertretung des Aufsichtsrates nicht besonders geregelt ist, daß sämtliche Mitglieder die Gestattung aussprechen. Die Gestattung träg den Charakter einer Spezialbevollmächtigung, sodaß für ihre Vornahme die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB zur Anwendung kommen. Sie kann deshalb formlos erfolgen.

bb) Bei formbedürftigen Rechtsgeschäften.

Die Erteilung einer Vollmacht bedarf selbst dann keiner Form, wenn für die Vornahme des Rechtsgeschäftes besondere Formvorschriften bestehen. So kann der Aufsichtsrat vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus dem Geschäftsführer den Kauf eines Grundstückes, das der GmbH. gehört, gestatten. Bei dem Abschluß des Kaufvertrages vor einem Notar oder Richter soll dieser, wenn er Zweifel an der Gültigkeit dieses

---

33) Staub-Pinner, Komm. zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd., § 247; Goldschmidt, Die Aktiengesellschaft, § 247. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, § 247, I c.

34) JW 1928/S. 215 Anm. 1.

35) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 247, Nr. 1.

Rechtsgeschäftes hat, sie dem Geschäftsführer mitteilen, (Art. 40 Abs. 1 PrFGG)[36]. Auf Verlangen desselben muß der Notar dennoch die Beurkundung des Rechtsgeschäftes vornehmen. Aus der Urkunde geht die Gestattung des Selbstkontrahierens nicht hervor, denn eine derartige Beurkundung, lediglich auf Grund der Mitteilungen des Geschäftsführers, daß ihm das Selbstkontrahieren vom Aufsichtsrat gestattet sei, wird kein Beamter vornehmen. Fraglich ist aber, ob der Grundbuchrichter, wenn die Auflassung erteilt wird, die Eintragung in das Grundbuch vornehmen muß.

Hachenburg[37]) vertritt die Auffassung, daß der Grundbuchrichter den Nachweis einer etwa erforderlichen Genehmigung nicht verlangen kann. Der Grundstücksverkauf sei auch ohne diese Genehmigung Dritten gegenüber wirksam.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Der Geschäftsführer einer G.m.b.H. ist zu Grundstückskäufen und Verkäufen ermächtigt (§ 35 GmbH.-Gesetz). Seine Vertretungsmacht ist vom Grundbuchamt selbständig zu prüfen und vom Geschäftsführer durch Auszug aus dem GmbH.-Register nachzuweisen. Die allgemeine Vertretungsmacht reicht aber nicht zu einem Geschäftsabschluß mit sich selbst aus. In § 181 BGB liegt eine Beschränkung derselben, die vom Grundbuchrichter zu berücksichtigen ist.

In der Auflassung kann auch keine Erfüllungshandlung gesehen werden, weil das der Auflassung zugrundeliegende Rechtsgeschäft für den Grundbuchrichter noch schwebend unwirksam ist. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Geschäftsführer eine Erklärung des Aufsichtsrates beibringt, in welcher die Genehmigung dieses Rechtsgeschäftes gegenüber dem Geschäftsführer erklärt wird. Diese Genehmigung kann grundsätzlich formlos erfolgen, muß jedoch bei Anträgen an das Grundbuchamt in der in § 29 GBO vorgeschriebenen Form vorgenommen werden.

Hieraus folgt, daß es bei formbedürftigen Rechtsgeschäften nicht zweckdienlich ist, wenn der Aufsichtsrat dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren gestattet, weil er trotzdem noch selbst tätig werden muß. Irgendeinen Vorteil durch die Ermächtigung des Geschäftsführers hat er nicht, im Gegenteil, es kommen noch die Kosten für die Beglaubigung der Genehmigung hinzu. Außerdem würde sich eine Änderung seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft durch die Erteilung der Genehmigung des Selbstkontrahierens nicht ändern.

E. Das Verbot des Selbstkontrahierens bei der Einmanngesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die Einmann-Gesellschaft, die nur einen Gesellschafter und denselben auch als Geschäftsführer hat, ist, wenn wir von der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit ausgehen, nicht existenzfähig. Diese Theorie setzt

36) Güthe-Triebel, Komm. zur Grundbuchordnung, § 29 Anm. 148.
37) Staub-Hachenburg, a.a.O., § 37 Anm. 11.

einen Personenverband voraus. Dieser ist aber bei der Vereinigung aller Geschäftsanteile trotz Weiterbestehens der einzelnen Anteile untergegangen. Aus diesem Grunde wird sie von Gierke [38]) und auch von Neukamp-Becker [39]) abgelehnt. Beide bringen dieser Gesellschaftsform ein überaus starkes Mißtrauen entgegen [40]).

Die Einmanngesellschaft besitzt lediglich dann noch juristische Persönlichkeit, wenn wir dieses Gebilde als fiktive Persönlichkeit auf Grund der Fiktionstheorie auffassen. Die herrschende Meinung läßt die Einmanngesellschaft zu [41]). Sie bietet dem Gesellschaftergeschäftsführer einen Vorteil insofern, als sie ihm ein Maß von Entschlußfreiheit einräumt, wie wir sie nur bei dem Einzelkaufmann finden. Dadurch wird es ihm aber auch ermöglicht, riskante Spekulationen zu machen, mit dem Erfolg, daß er bei einem Zusammenbruch auf Grund der Trennung von Privat- und Gesellschaftsvermögen die Gläubiger um seine persönliche Haftung bringt.

Die formalrechtliche Auffassung über das Verhältnis von Alleingesellschafter zur Gesellschaft ergibt eine klare Trennung zwischen der Persönlichkeit des Gesellschaftergeschäftsführers und der G.m.b.H. Die Vorschriften des GmbH.-Gesetzes sind auf die Einmanngesellschaft genau so anzuwenden. Insbesondere folgt daraus, daß die Gläubiger der Gesellschaft nicht Gläubiger des Gesellschafters (Privatvermögen) sind und seine persönlichen Gläubiger nicht Gläubiger der G.m.b.H. Dies ist die in dem Schrifttum und in der Rechtsprechung herrschende Meinung [42]).

Wenn hiervon ausgegangen wird, so zeigt sich beim Selbstkontrahieren, daß der Geschäftsführer Vertreter zweier juristisch selbständiger Vermögensmassen ist. Das Gesellschaftsvermögen ist Sondervermögen des Alleingesellschafters und an die Normen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gebunden. Bei einem Geschäftsabschluß mit sich selbst stehen Privatinteressen und Gesellschaftsinteressen gegenüber. Griebel [43]) unterscheidet zwischen Interessenkollisionen im „Innenverhältnis", zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und im „Außenverhältnis" zwischen Gesellschaft und Gläubiger. Bei der Einmanngesellschaft besteht eine Interessenkollision zwischen der Gesellschaft und den Gläubigern der Gesellschaft mit beschränkter Haftung einerseits und dem selbstkontrahierenden Gesellschaftergeschäftsführer andererseits. Es sind in diesem

---

38) LZ 3 (1909), S. 417.

39) Neukamp-Becker, Reichs-Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 60 Anm. 9a.

40) Vgl. hierzu Lehmann in Festschrift für Cohn; Brodmann, a.a.O., § 2, Anm. 8; Feine, a.a.O., S. 427. ff.

41) RGZ Bd. 62 S. 73; Bd. 68 S. 174; insb. S. 177; Bd. 85 S. 83; Bd. 87 S. 52; Bd. 92 S. 84; RG in: Soergel, Bd. 11 (1909) GmbH.-Gesetz, § 15 Nr. 10; Höchstrichterlicher Rechtsprechung, Bd. 5 (1929) Nr. 389; RG in: Gruch-Beiträge Bd. 71 1930 S. 524; Neukamp-Becker, a.a.O., § 13 Anm. 2; Warneyer-Koppe, a.a.O., § 15 Anm. 3 und 13 Anm. 3; Feine, a.a.O., S. 448; Brodmann, a.a.O., § 2, Anm. 8.

42) RGZ Bd. 62 S. 73; Bd. 68 S. 177; Bd. 83 S. 174. Bd. 85 S. 380, Brodmann, a.a.O., § 2 Anm. 8, Feine, a.a.O. S. 448, Staub-Hachenburg, a.a.O., § 13 Anm. 1.

43) Griebel, Die Einmanngesellschaft, S. 19 ff.

Falle die Gesellschaftsinteressen identisch mit denen der Gläubiger der Gesellschaft. Bejaht man das Vorhandensein eines selbständigen Interesses der Einmanngesellschaft, so kann durch das Selbstkontrahieren des Gesellschaftergeschäftsführers eine Interessenkollision hervorgerufen werden, sodaß § 181 BGB Anwendung findet. Diese Entscheidung wird in dem Schrifttum vielfach abgelehnt [44]). Man vergißt dabei aber, daß gerade im Körperschaftsrechte formalrechtliche Auslegungen nicht zu vermeiden sind.

Eine Gestattung des Selbstkontrahierens durch den Gesellschaftergeschäftsführer anzunehmen, erscheint abwegig. § 47 Abs. 4 GmbH.-Gesetz dient zwar in erster Linie dem Schutze der Mitgesellschafter und soll Interessenkollisionen im innergesellschaftlichen Leben verhüten. Es müßte dann der einzige Gesellschafter, der auch zugleich alleiniger Vertreter der Gesellschaft ist, sich selbst als Geschäftsführer die Erlaubnis erteilen, ein Rechtsgeschäft mit sich selbst abzuschließen. Nach Ansicht des Reichsgerichts verstößt aber die Erlaubniserteilung, da sie den Charakter eines zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschaftergeschäftsführer vorzunehmenden Rechtsgeschäftes trage, gegen § 181 BGB. Erlaubniserteilung und Vornahme des Rechtsgeschäftes sind hierbei als einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen [45]).

Anderer Ansicht ist Hachenburg [46]), der bei der Einmanngesellschaft eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens für überflüssig hält, weil hier eine Interessenkollision nicht vorliegen könne. Beide Vermögensmassen, Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen, haben letzten Endes einen und denselben Rechtsträger. Zuzugeben ist, daß sich das Vermögen des Gesellschaftergeschäftsführer vermindert, wenn das Vermögen der Gesellschaft sich verringert. In vermögensrechtlicher Hinsicht ist wohl eine starke Abhängigkeit des Privatvermögens von dem Gesellschaftsvermögen gegeben, aber nicht in umgekehrter Hinsicht. Aus diesem Grunde glaubt Hachenburg, sich über die formale Trennung der beiden Vermögensmassen hinwegsetzen zu können. Nur wenn es um die Frage der Haftung geht, betont auch er die Verschiedenheit der Rechtssubjekte und Vermögen.

Bezüglich des Verbotes des Mitstimmens ist die Vorschrift des § 47 Abs. 4 GmbH.-Gesetz von geringerer Bedeutung. Der Gesellschaftergeschäftsführer darf sich die Gestattung des Selbstkontrahierens nicht aussprechen, weil ein solcher Beschluß über die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm selbst entscheiden müßte. Eine Beschlußfassung ist deshalb nicht möglich. Wenn der Gesellschaftergeschäftsführer sich hierüber hinwegsetzen will, so bietet das GmbH.-Recht heute noch keine Möglichkeit, dieses zu verhindern. Der Beschluß wäre anfechtbar, aber für die Anfechtung ist niemand vorhanden. Das Bestreben Hachenburgs [47]) geht im Falle der Gestattung des Selbstkontrahierens durch den alleinigen Gesellschaftergeschäftsführer darauf hinaus, die wirtschaftliche Einheit

---

44) Griebel, a.a.O., S. 20 ff.; Staub-Hachenburg, a.a.O., § 35 Anm. 13 a.
45) RGZ, Bd. 68 S. 179.
46) Staub-Hachenburg, a.a.O., § 35 Anm. 13a.
47) Hachenburg, a.a.O., § 36 Anm. 13a.

nur zugunsten des Vermögensträgers, niemals aber zu dessen Ungunsten geltend zu machen.

Derartigen Folgerungen kann nur mit formaljuristischen Gesichtspunkten entgegengetreten werden. Deshalb wird bei der Prüfung der Frage, ob an die Einmanngesellschaft strenge Anforderungen zu stellen sind oder nicht, nicht von den Forderungen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit auszugehen sein, sondern nur von dem Bedürfnisse einer geordneten Schuldenhaftung. Die juristische Form wird stets klarer erkennbar sein, weil sich die materielle Rechtslage oft dem Auge des Beurteilers entziehen wird und aus diesem Grunde nicht Grundlage für eine objektive Erkenntnis sein kann. Die formale Auffassung dürfte auch mehr Gewähr für eine gleichmäßige Behandlung gleichartiger Fälle bieten.

Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung im 103. Bande, Seite 418, entschieden, daß § 181 BGB dem Vertreter nicht bei Vornahme eines jeden Rechtsgeschäftes, bei dem seine Interessen mit denen des Vertreters zusammenstoßen, der Abschluß verboten, sondern nur den aus dem Wesen der Willenserklärung sich ergebenden Zweifel zu lösen beabsichtige, ob und inwieweit Erklärungen eines Vertreters mit sich selbst rechtswirksam sind. Es vertritt die Auffassung, daß es nur auf die Art des Zustandekommens der Rechtsgeschäfte beim Selbstkontrahieren ankomme, nicht aber auf die zugrundeliegenden Interessen. Wenn es nur auf die Art des Zustandekommens ankommen sollte, dann ergibt das bei der Einmanngesellschaft, daß, gleichgültig, ob man das Vorhandensein einer Interessenkollision annimmt oder nicht, das Verbot des Selbstkontrahierens bereits deshalb durchgreift, weil Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen denselben Vertreter gefunden haben.

In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht den früheren in Band 68, Seite 172 ff., vertretenen Standpunkt aufgegeben, indem es sich heute mit der Entstehungsgeschichte des § 181 BGB in Widerspruch setzt [48]).

Das Kammergericht hat in der Entscheidung Jur. W. 1930, Seite 1420, entschieden, daß die Interessen der Gläubiger einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch § 181 BGB geschützt werden sollen. Das sei der wirtschaftliche und rechtspolitische Zweck des § 181 BGB.

Diese erweiterte Auslegung des § 181 BGB bedeutet bei Anwendung auf die Einmanngesellschaft m.b.H., daß das Verbot des Selbstkontrahierens grundsätzlich auch auf sie Anwendung findet.

Die Einmanngesellschaft ist bei der Schaffung des GmbH.-Gesetzes nicht berücksichtigt worden. Bis zum Eintreten einer besonderen Regelung müssen daher auf die Einmanngesellschaft dieselben Vorschriften Anwendung finden, wie bei größeren Gesellschaften. Die Anwendung formalrechtlicher Grundsätze muß daher verlangt werden, weil ein selbstkontra-

---

48) RGZ Bd. 103 S. 418.

hierender Geschäftsführer stets eine Gefahr für die Gesellschaft bedeutet. Es muß deshalb der einzige Gesellschaftergeschäftsführer seine gesamte Handlungsweise dem Rechte des GmbH.-Gesetzes unterordnen, selbst dann, wenn es ihm unbillig erscheinen sollte. Nur so wird es möglich sein, die Gläubiger der Gesellschaft zu schützen und die beschränkte Haftung für den alleinigen Gesellschaftergeschäftsführer aufrecht zu erhalten.

F. Schlußbetrachtung.

Als Ergebnis der Abhandlung muß zusammenfassend festgestellt werden, daß grundsätzlich das Selbstkontrahieren unzulässig ist mit Ausnahme der beiden in § 181 BGB gesetzlich festgelegten Fälle.

Von einer „stillschweigenden Gestattung" des Selbstkontrahierens wird nur in wenigen Fällen die Rede sein können. Verträge und Satzung werden gerade in dieser Hinsicht einer sehr genauen und engen Auslegung bedürfen, wenn nicht Mißbräuche entstehen sollen.

Gerade bei der G.m.b.H. wird man der Frage des Selbstkontrahierens besondere Aufmerksamkeit zuwenden müssen, insbesondere dann, wenn die Gesellschaft nur noch aus einem oder zwei Gesellschaftern bezw. Gesellschaftergeschäftsführer besteht, denn oft wird die G.m.b.H. als Rechtsform nur gewählt, um die Haftung mit dem Privatvermögen durch die Begründung der beschränkten Haftung in Form der G.m.b.H. gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft auszuschließen.

Besteht die Gesellschaft m.b.H. nur aus zwei oder gar nur einem Gesellschaftergeschäftsführer, so ist die Besorgnis, daß der Abschluß von Rechtsgeschäften namens der G.m.b.H. und mit sich selbst zu den Gläubigern der Gesellschaft nachteiligen Entscheidungen führen kann, oft nur zu begründet.

Die Sauberkeit des Wirtschaftslebens erfordert daher gebieterisch eine strenge Überprüfung der Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens gerade in solchen Fällen, wenn die Satzung nicht ausdrücklich das Kontrahieren mit sich selbst für zulässig erklärt, wird eine stillschweigende Gestattung nicht ohne weiteres hineininterpretiert werden dürfen.

Zugegeben wird, daß es finanziell nicht immer möglich sein wird, noch einen weiteren Vertreter zu bestellen. Hier kann dann der Umweg über § 29 BGB zum Ziele führen. Um der Rechtssicherheit zu dienen, müssen bei der Auslegung der Satzung strengere Anforderungen gestellt werden, um Mißständen, die sich sonst ergeben könnten, Einhalt zu gebieten. Gesetz und Satzung sollen für den Geschäftsführer oberste Richtschnur sein, der er sich freiwillig unterworfen hat. Aus diesem Grunde mußte davon abgesehen werden, lediglich aus wirtschaftlichen Rücksichten und Erwägungen der Einmanngesellschaft besondere Zugeständnisse zu machen, die lediglich eine unsichere Geschäftsführung hervorrufen und Verschleierungen ermöglichen würden.

Schrifttum.

Biermann Johannes, Bürgerliches Recht, I. Bd. Berlin 1908.
Boettger Walter, Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss. Marburg 1931.
Brodmann Erich, Die Handelsgeschäfte in: Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, IV. Bd. 2. Abtlg. S. 1 ff.
— Gewerbe- und Industrie-Kommentar Bd. I, Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin-Leipzig 1924.
Brombach Hans, Die Vereinigung aller Anteile einer AG. oder GmbH. in einer Hand, one man company, nach deutschem und ausländischem Recht, Diss. Halle 1929.
Cosack Konrad, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 12. Auflage, Stuttgart 1930.
Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Systematische Darstellung und Kommentar von Ludolf Parisius und Dr. Hans Crüger. 6. Auflage von Hans Crüger und Adolf Crecelius. Berlin-Leipzig 1922.
Dernburg Heinrich, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 4. Auflage, Halle 1889.
— Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. Halle a. S. 1906.
Eccius M. E., Preußisches Privatrecht von Franz Förster, bearbeitet von M. E. Eccius, Bd. 1, 7. Auflage, Berlin 1896.
Endemann Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 13. Bearbeitung von H. C. Nipperdey, Marburg 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Marburg 1932.
Feine Hans Erich, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts von Victor Ehrenberg, III. Bd. III. Abtg., Leipzig 1929.
Fischer-Henle, Otto Fischer, Wilh. v. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben in Verbindung m. Eug. Ebert und Heinrich v. Schneider, 9. Auflage, München 1912.
Flechtheim Julius, zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen, in: JW 1925 S. 564.
Friedländer Heinrich, Konzernrecht, Das Recht des Betriebes und Unternehmungszusammenfassungen, Mannheim 1927.
Gareis Karl, Das deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, Berlin 1909.
Gierke Julius, von, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Auflage 1933.
Gierke Otto, von, Das deutsche Genossenschaftsrecht in 3. Bd. der Staats- und Korporationslehre, Berlin 1881.
— Deutsches Privatrecht, Bd. 1 in systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, hrsg. von K. Binding.
Goldschmidt, ZHR Bd. 28 S. 61 ff., Stuttgart 1882.
Griebel Hugo, Die Einmanngesellschaft in gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 22, Berlin 1933.
Gusnar Carl Heinz, von, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Diss. Leipzig 1929.
Hanke Günther, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Breslau 1927.

Haußmann F., Grundlagen des Rechtes der Unternehmungszusammenfassung, Mannheim-Berlin-Leipzig 26.
Hupka Joseph, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
Klumpp Hermann, Beiträge zur Rechtsstellung der Geschäftsführer einer GmbH. nach deutschem und französischem Recht. Diss. Leipzig 1928.
Kolligs Albert Heinrich, Die juristische Struktur des Selbstkontrahierens, Diss. Göttingen 1929.
Kretschmann Fritz, Der Geschäftsführer der Gesellschaft m.b.H., Diss., Leipzig
Korten Wilhelm, Der Aufsichtsrat in der Gesellschaft m.b.H., Diss. Köln 1930.
1910.
Krönig Hans, Der Geschäftsabschluß des Geschäftsführer einer G.m.b.H. mit der von ihm vertretenen Gesellschaft, Diss. Marburg 1930.
Lehmann Karl, Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in Festschrift für Cohn, Zürich 1915, S. 395—425.
Lehmann-Ring, Karl Lehmann, Viktor Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich 2. Auflage, bearbeitet von Karl Lehmann, Berlin 1913.
Liebmann J., Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl. Berlin 1921.
Liebmann-Saenger, J. Liebmann, A. Saenger, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage, Berlin 1927.
Locher Eugen, Handels, Wechsel- und Seerecht, im Sonderdruck aus: Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung, herausgegeben von D. Dr. Rudolf Stammler, Berlin 1930.
Merk Günter, Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer G.m.b.H. unter besonderer Berücksichtigung der neueren Literatur und Rechtsprechung, Diss. Erlangen 1926.
Merzbacher-Krakenberger, Sigmund Merzbacher, Paul Krakenberger, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9. Auflage, herausgegeben von Paul Krakenberger, München 1928.
Moll Joachim, Die G.m.b.H. im Handelsregisterbezirk Rostock in rechtstatsächlicher Hinsicht, Diss. Rostock 1931.
Müller Paul, Der Geschäftsführer in der G.m.b.H. Diss. Köln 1931.
Müller-Erzbach Rudolf, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928.
Neukamp-Becker, Ernst Neukamp, Karl Becker, das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, neu bearbeitet von Karl Becker, 5.—7. Auflage, Berlin 1922.
Oertmann Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 3. Auflage, Berlin 1927.
Parisius-Crüger, Ludolf Parisius und Dr. Hans Crüger, 11. Auflg. bearbeitet von Hans Crüger: Gesetz, betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1910.
Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von E. Strohal, Bd. 1. 4. Auflage, Berlin 1913.
Predari, Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsabschlusses mit sich selbst, in: Gruch. Bd. 63 S. 675 ff.
Redenbacher Wilhelm, Das Stimmrecht der Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten, Diss. Jena 1928.
RGRK, Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Auflage Berlin-Leipzig 1934.
Reinhardt Fritz, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Lehr- und Nachschlagewerk für Geschäftsführer, 3. Auflage, Berlin 1927.
Rosenthal-Gentzsch, Max Rosenthal, Ernst Gentzsch, Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von E. Gentzsch, 3. Aufl. 1921.
Scheinmann Georg, Die Rechtsstellung des Geschäftsführers der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Jena 1933.

Schneebeli Max, H., Die Einmann-Gesellschaft m.b.H. (one man company) Diss. Zürich 1934.
Scholz Franz, Kommentar zum GmbH.-Gesetz in seiner neuesten Fassung. Köln 1928.
Silberberg Ludwig, Das Kontrahieren des Geschäftsführers mit Generalhandlungsvollmacht im eigenen Namen und im eigenen Interesse. Diss. Heidelberg 1908.
Soergel Hans Theodor, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 4. Auflage, Stuttgart 1929.
Staub-Gadow, Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch 3. Band, bearbeitet von Wilhelm Gadow, 14. Auflage, Berlin-Leipzig 1933.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, unter Mitarbeit von Fritz Bing, Walter Schmidt II, Max Hachenburg, Berlin-Leipzig 1926.
Staudinger J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, erläutert von Theodor Loewenfeld und Erwin Riezler, 9. Auflage, 1935.
Tuhr Andreas von, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910.
Vogelgesang Hans, Der Aufsichtsrat der Gesellschaft m.b.H. Leipzig 1929, Diss.
Warneyer-Koppe, Otto Warneyer, Fritz Koppe, Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1924.
Warneyer Otto, In Verbindung mit Martin Buchwald, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band 1, Tübingen 1930.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Bay. Z. Zeitschrift der Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von Th. von der Pfordten, München, Berlin-Leipzig.
Denkschrift: Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896.
Denkschrift: Entwurf eines HGB nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches 1897.
Gruch. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot, Berlin.
Jur.Rund. Juristische Rundschau und höchstrichterliche Rechtsprechung, herausgegeben von Otto Lindemann, Friedrich Flad, Fritz Hartung.
J.W. Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom deutschen Anwaltverein, Leipzig.
L.Z. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 1 1888.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1 1897.
OLG. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. hrsg. von B. Mugdan, R. Falkmann, Leipzig.
RGZ. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seufferts Arch., Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel Entsch. H. Th. Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.
Warneyer Rspr. Otto Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ZHR. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt.
Zentr. f. H. R. Zentralblatt für Handelsrecht, Berlin.